

# VU Research Portal

## Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, AB 2020/116 (Overheidsverkoop, mededinging, gelijke kansen)

Huisman, Pim; van Ommeren, F.J.

2020

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Huisman, P., & van Ommeren, F. J., (2020). *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, AB 2020/116 (Overheidsverkoop, mededinging, gelijke kansen)*, No. ECLI:NL:GHARL:2019:9911, 11 p., Nov 19, 2019. (Administratief rechtelijke beslissingen; Vol. 2020, No. 11).  
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D32393&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## AB 2020/116

## HOF ARNHEM-LEEWARDEN

19 november 2019, nr. 200.253.579

(Mrs. A.A. van Rossum, H.E. de Boer, G.R. den Dekker)

m.nt. P.J. Huisman\* &amp; F.J. van Ommeren

Art. 3:14 BW

Module Aanbesteding 2020/1339

BR 2020/20

ECLI:NL:GHARL:2019:9911

**Vordering om Gemeente te verbieden de gemeentehuislocatie te leveren zonder appellant en andere gegadigden ook in de gelegenheid te stellen deze locatie te verwerven. Verplichting tot het bieden van mededingingsruimte? Schaars recht? Gelijkeheidsbeginsel. Zorgvuldigheidsbeginsel. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Geen aanbestedingsplichtige opdracht. Geen staatssteun.**

Appellanten betogen dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927) geïntroduceerde norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op een reële wijze mededingingsruimte moet worden geboden, naar analogie mede van toepassing is op de uitgifte van schaarse grond. Daarvan is volgens appellanten sprake bij een toplocatie midden in het centrum van Didam waar een supermarkt kan worden gevestigd, zodat het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel vergen dat alle potentiële gegadigden een kans krijgen die schaarse grond te verkrijgen.

Het hof ziet dat anders. Een dergelijke 'mededingingsnorm bij schaarse vergunningen' is (nog) niet van toepassing op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context. Voor zover deze norm wél op grondverkoop door de overheid zou zien, dan geldt deze bovendien enkel bij schaarse. Appellanten heeft in dit kort geding niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het hier gaat om schaarse ruimte die in het centrum van appellant 1 beschikbaar is voor een supermarkt.

Arrest in kort geding van 19 november 2019 in de zaak van

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, appellant 1 B.V.,
2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Becedo Vastgoed IV B.V., te Didam,

3. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V., te Didam, appellanten, in eerste aanleg: eiseressen, adv.: mr. J.C. van Oosten, tegen,

1. De publiekrechtelijke rechtspersoon Gemeente Montferland, te Didam, adv.: mr. B.J.M. van Meer,
2. De vennootschap onder firma geïntimeerde 2, geïntimeerden, in eerste aanleg: gedaagden, adv.: mr. T.E.P.A. Lam.

Partijen worden hierna appellant 1, de Gemeente en geïntimeerde 2 genoemd. Appellanten sub 1, 2, en 3 worden tezamen (in enkelvoud) aangeduid als appellanten.

## 1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 8 januari 2019 (hersteld bij vonnis van 7 maart 2019) dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland (team kanton en handelsrecht, locatie Zutphen) heeft gewezen.

## 2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 18 januari 2019 met grieven en producties,
- de memorie van antwoord van de zijde van de Gemeente met producties,
- de memorie van antwoord van de zijde van geïntimeerde 2,
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities. Hierbij is akte verleend van de stukken die bij bericht van 19 september 2019, houdende akte overlegging producties 28 tot en met 36, door mr. Van Oosten namens appellanten zijn ingebracht. Tevens is akte verleend van de ter zitting door mr. Van Meer namens de Gemeente overgelegde 'Koopovereenkomst voormalige gemeentehuislocatie Didam e.o.' en de 'Samenwerkingsovereenkomst Locatie voormalig gemeentehuis Didam e.o.' (met bijlagen), die beide op 3 oktober 2019 (één dag vóór de pleitzitting) zijn gesloten.

2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald.

## 3 De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten.

3.2 Appellant 1 is een onderneming die als franchisenemer Albert Heijn-supermarkten exploiteert. Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V. legt zich toe op vastgoedontwikkeling. Becedo Vastgoed IV B.V. houdt zich bezig met verhuur van onroerend goed, handel in eigen onroerend

\* P.J. Huisman is universitair hoofddocent bestuursrecht aan de VU Amsterdam.

goed en aan- en verkoop en verhuur van registergoederen. Zij maken alle deel uit van hetzelfde concern, appellant 1. Directeur van dit concern is de directeur (hierna: “de directeur”).

3.3 De Gemeente is eigenaar van een perceel in het dorpscentrum van Didam, kadastraal bekend Didam K 5046, aan de Raadhuisstraat 14 te 6942 BE Didam (hierna: “de gemeentehuislocatie”). Op dit perceel staat het oude gemeentehuis van Didam.

3.4 Geïntimeerde 2 is een onderneming gericht op vastgoedontwikkeling.

3.5 Een van de Albert Heijn-supermarkten van appellant 1 is gevestigd op het adres Leliestraat 45/47 te Didam. Dit is een locatie buiten het dorpscentrum van Didam.

3.6 Ook is een Aldi-supermarkt gevestigd buiten het dorpscentrum van Didam.

3.7 Binnen het dorpscentrum van Didam zijn nog twee supermarkten:

- een Coöp-supermarkt, op het adres Hoofdstraat 13;
- een Nettorama-supermarkt, op het adres Spoorstraat 15.

3.8 De Gemeente is voornemens om het dorpscentrum van Didam ingrijpend te wijzigen. De gemeenteraad heeft daartoe op 26 mei 2016 het Masterplan Didam “De samenleving verandert” vastgesteld (hierna: “het Masterplan”, productie 3 bij inleidende dagvaarding). Het Masterplan luidt, voor zover relevant:

“(…)”

## 2.2 Doel Masterplan

Het Masterplan dient de visie weer te geven hoe we in Didam in de toekomst aantrekkelijk houden als vestigingsplaats voor bewoners, ondernemers en recreanten.

Daarbij zijn door de gemeente de volgende uitgangspunten meegegeven bij het opstellen van het masterplan.

- Aantrekkelijk en verkeersluw centrum.

- Ondersteunend aan commerciële activiteiten ondernemers.

- Aantrekkelijk voor winkelen en uitgaand publiek.

“(…)”

## 4.2.4 Winkel/supermarkten

### De huidige situaties

Momenteel liggen de supermarkten nog verspreid over Didam. (...) Bewoners en ondernemers geven aan juist meerwaarde te zien in de concentratie van supermarkten in het centrum. Dat biedt de mogelijkheid dat winkels in het centrum elkaar versterken. (...)

### De voorgestelde situaties

Supermarkten en winkels concentreren we zoveel mogelijk in het centrum. (...) Voor de

supermarkten zijn zelfs potentiële locaties genoemd (...). Het oude gemeentehuis is ook als potentiële locatie opgemerkt. Twee supermarkten hebben daadwerkelijk ook plannen. (...)

## 6.2 Raadhuisplein

“(…)”

### De dynamiek nodigt supermarkten uit

De klankbordgroep benoemde het voormalig gemeentehuis al als potentiële supermarktlocatie. Dit sluit namelijk aan bij hun wens om de supermarkten geconcentreerd in het centrum te vestigen. Dit sluit ook aan bij de visie van de supermarkten. Een tweetal supermarkten is samen aan het bekijken hoe ze elkaar kunnen versterken. De supermarkten hebben goede ervaring met concentratievoordeel van een budgetsupermarkt met een supermarkt uit het hogere segment. Het idee is dat op de locatie van het oude gemeentehuis met aansluitend een supermarkt op de locatie nabij de kruising van de Hoofdstraat en Schoolstraat. De bebouwing van de bibliotheek en het voormalige postkantoor worden gesloopt ten behoeve van een voor beide supermarkten gecombineerd parkeerterrein. Bij de ontwikkeling van de Coöpsupermarkt dient aandacht te zijn voor de aanhaking met het monumentale deel van het oude gemeentehuis. (...)”

3.9 Over het voorgenomen Masterplan is herhaaldelijk gepubliceerd in lokale media (productie 7 bij conclusie van antwoord). Zo heeft Montferland Nieuws op 22 april 2016 op haar website een artikel geplaatst, dat voor zover relevant luidt:

### “(…) Raadhuisplein

“(…) Rond het oude gedeelte van het oude gemeentehuis komt een parkachtige setting met ruimte voor een terras (...). Het nieuwe gedeelte gaat plat en wordt de vestigingsplek van de nieuwe Supercoöp. De Aldi betreft het pand van de huidige Coöp. (...)”

Ook heeft Montferland Nieuws op 11 juli 2016 een artikel op haar website gepubliceerd met de kop “geïntimeerde 2 trapt af in Masterplan”. Dit artikel luidt, voor zover relevant:

“(…) Geïntimeerde 2 gaat het eerste deel van het Masterplan Didam herontwikkelen. Het gaat om het gebied rondom het voormalige gemeentehuis en de bibliotheek. (...) Geïntimeerde 2 gaat de gronden verwerven van de gemeente, woningcorporatie Plavei en de bibliotheek. En zorgt vervolgens voor de bouw en de aanleg van de openbare ruimte. Stap 1 is de bouw van een nieuwe Coop-supermarkt op de locatie van het niet monumentale gedeelte van het oude gemeentehuis. Het mo-

numentale gedeelte blijft wél bestaan. Dat pand krijgt een horecabestemming. Na verhuizing van de oude Coop naar deze nieuwe winkel, komt er een Aldi-vestiging op de oude Coop-locatie. Beide supermarkten kunnen hun exploitatie dus gewoon voortzetten tot de verhuizing. De Coop en de Aldi gaan de nieuwe panden huren van geïntimeerde 2. (...)”

Op 17 oktober 2016 heeft Montferland Nieuws een artikel op haar website gepubliceerd met de kop “Ondernemers omarmen Masterplan Didam”. Dit artikel luidt, voor zover relevant:

“(…) Ook het Raadhuisplein ondergaat een metamorfose. Het nieuwe gedeelte van het gemeentehuis gaat plat en wordt de vestigingsplek van de nieuwe Supercoöp. De Aldi betreft het pand van de huidige Coöp. Op de plek van de bibliotheek en het voormalig postkantoor komt een parkeerplaats (...)”

3.10 Medio 2016 heeft appellanten mondeling aan de Gemeente laten weten dat zij geïnteresseerd is in de gemeentehuislocatie. De directeur heeft daarover gesproken met de Gemeente en onder meer met een wethouder tijdens de Provada (een vastgoedbeurs). Ook heeft er een gesprek plaatsgehad tussen de directeur en een wethouder van de Gemeente op 7 juli 2016. De Gemeente heeft de directeur toen doorverwezen naar geïntimeerde 2 met de mededeling dat de gemeentehuislocatie niet solitair te koop is, maar onderdeel uitmaakt van de totale ontwikkeling van het Raadhuisplein.

3.11 Op 18 juli 2018 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de directeur en de wethouder grondzaken van de gemeente, de wethouder. Onderwerp van dit gesprek was de herontwikkeling van de gemeentehuislocatie en de door appellanten gewenste verplaatsing van haar Albert Heijn-supermarkt naar het dorpscentrum van Didam. De Gemeente heeft de directeur toen weer doorverwezen naar geïntimeerde 2.

3.12 Appellanten heeft de Gemeente bij brief van 7 augustus 2018 (productie 4 bij inleidende dagvaarding), voor zover relevant, bericht:

“(…) Appellant 1 heeft kennis genomen van het Masterplan Didam “De samenleving verandert” (...).

Het Masterplan is buiten medeweten van appellant 1 tot stand gekomen: appellant 1 is daar generlei wijze bij betrokken. Dit terwijl het Masterplan onder meer beoogt dat supermarkten die buiten het centrum zijn gelegen – zoals de Albert Heijn-supermarkt van appellant 1 – verhuizen naar het centrum.

(...)

Als een van de potentiële locaties voor verplaatsers wordt het oude gemeentehuis genoemd, een locatie die in eigendom is van de

gemeente (...). In lijn met het Masterplan wil appellant 1 zich graag vestigen in het centrum van Didam en wel op de locatie van het oude gemeentehuis (...).

Appellant 1 heeft evenwel vernomen dat de Gemeente met geïntimeerde 2 (...) onderhands in overleg is over de herontwikkeling van Gemeentehuislocatie. Daarbij is het streven, zo begrijpt appellant 1, dat de COOP-supermarkt wordt verplaatst naar de Gemeentehuislocatie; een supermarkt die reeds in het centrum gevestigd is. Net als het geval was bij de totstandkoming van het Masterplan is appellant 1 op generlei wijze in kennis gesteld over het voornemen tot en invulling van deze herontwikkeling.

Deze procedure, die onder meer voorziet in de mogelijkheid een supermarkt te realiseren, verloopt daarmee volstrekt intransparant (...), terwijl bovendien onduidelijk is in hoeverre de prijs die geïntimeerde 2 voor de grond betaalt, marktconform is en dus niet in strijd is met staatssteunregels. Bovendien is deze onderhandse toekenning van het recht om deze gemeentelijke gronden te gebruiken in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. (...) Gemeenten zijn ook bij privaatrechtelijk handelen, zoals het verkopen of in gebruik geven van grond, onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuurlijk handelen, waaronder het gelijkheidsbeginsel (...). Gelet op het voorgaande verzoek ik u en zo nodig sommeer ik u binnen veertien dagen na verzending van deze brief mij te bevestigen dat ieder overleg tussen (medewerkers van) de Gemeente met geïntimeerde 2 of aan haar gelieerde (rechts)personen over de herontwikkeling van de Gemeentehuislocatie wordt gestaakt en dat een openbare biedprocedure wordt gestart met betrekking tot de herontwikkeling van in ieder geval de Gemeentehuislocatie.

Bij het uitblijven van de bevestiging acht appellant 1 zich vrij om zonder voorafgaande aankondiging rechtsmaatregelen te treffen. (...)

3.13 Bij brief van 4 oktober 2018 (productie 5 bij inleidende dagvaarding) heeft de Gemeente laten weten dat zij geen gevolg zal geven aan de sommatie van appellanten.

3.14 Bij brieven van 26 oktober 2018 (productie 6 bij inleidende dagvaarding) en 9 november 2018 (productie 7 bij inleidende dagvaarding) hebben partijen hun standpunten nader aan elkaar uiteengezet.

3.15 Geïntimeerde 2 heeft een koopovereenkomst gesloten met Stichting Plavei ter verkrijging van de locatie ‘Oude Postkantoor’ en met de

Stichting Bibliotheek ter verwerving van de 'Bibliotheeklocatie'.

3.16 Op 3 oktober 2019 zijn zowel de 'Koop-overeenkomst voormalige gemeentehuislocatie Didam e.o.' als de 'Samenwerkingsovereenkomst Locatie voormalig gemeentehuis Didam e.o.' tussen de Gemeente en geïntimeerde 2 tot stand gekomen.

#### **4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg**

4.1 Appellanten heeft in eerste aanleg, in de kern genomen, gevorderd dat de voorzieningenrechter primair de Gemeente zal verbieden de gemeentehuislocatie te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure, subsidiair de Gemeente zal bevelen aan haar een schriftelijke uitnodiging te sturen om een bod te doen op de gemeentehuislocatie en uiterst subsidiair voorzieningen beveelt en/of verbiedt die hem juist voorkomen.

4.2 De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 8 januari 2019 (hersteld bij vonnis van 7 maart 2019) het verzoek van geïntimeerde 2 om tussen te komen toegestaan, appellanten niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen vanwege het ontbreken van spoedeisend belang en haar veroordeeld in de proceskosten en de wettelijke rente ten aanzien van de Gemeente en in de proceskosten, de wettelijke rente en in de nakosten ten aanzien van geïntimeerde 2.

#### **5 De motivering van de beslissing in hoger beroep**

5.1 Onder aanvoering van vijf grieven, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, is appellanten tegen het oordeel van de voorzieningenrechter in hoger beroep gekomen.

5.2 Anders dan de Gemeente betoogt, heeft appellanten ook in hoger beroep een spoedeisend belang bij haar vorderingen. Appellanten wil daarmee bereiken dat het de Gemeente wordt verboden om de gemeentehuislocatie zonder nadere procedures of besprekingen met onder meer appellanten te verkopen en te leveren. Hoewel de koopovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst (zie rov. 3.16) inmiddels tot stand zijn gekomen, heeft levering van de gemeentehuislocatie nog niet plaatsgevonden, waarmee het spoedeisend belang voor appellanten is gegeven. Dat appellant 1 enige tijd heeft gewacht met het aanspannen van een kort geding doet in de ogen van het hof niet af aan de spoedeisendheid van haar belang daarbij. In zoverre wijkt de visie van het hof af van die van de voor-

zieningenrechter en zijn de grieven gegrond. Het hof vindt echter niet dat de vorderingen van appellant 1 hadden moeten worden toegewezen en legt hieronder uit waarom het tot dat oordeel komt. Daarbij speelt de late reactie van appellanten, die de voorzieningenrechter redengevend vond om haar niet-ontvankelijk te verklaren, nog wel een rol van betekenis doordat de gevolgen daarvan worden betrokken bij de afweging van de belangen die partijen over en weer hebben bij de toe- dan wel afwijzing van de vorderingen van appellanten.

5.3 Verder heeft de Gemeente eveneens ten onrechte aangevoerd dat (ook) Becedo Vastgoed IV niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat zij geen projectontwikkelaar of supermarktexploitant is. Dit laatste maakt nog niet dat zij geen belang bij deze zaak zou hebben. Appellanten hoeft niet, zoals de Gemeente voorstaat, aan te tonen waarom Becedo Vastgoed IV naast appellant 1 en Becedo Ontwikkeling B.V. belang heeft bij deze procedure, om als procespartij op te kunnen treden.

5.4 Gelet op de huidige stand van zaken waarin de gemeentehuislocatie aan geïntimeerde 2 is verkocht, maar nog niet geleverd, zal het hof eerst de vordering van appellanten behandelen om de Gemeente te verbieden om de eigendom van de gemeentehuislocatie, anders dan na het doorlopen van een procedure waarin ook andere geïnteresseerde partijen dan geïntimeerde 2 een kans krijgen deze locatie te verwerven, over te dragen. Voor zover de vordering van appellanten ziet op het verbod van verkoop, is deze vordering door de feiten achterhaald en zal deze bij gebrek aan belang worden afgewezen.

5.5 Aan de vordering tot het verbod tot levering legt appellanten een verscheidenheid aan argumenten ten grondslag, die het hof hierna zal bespreken.

##### *Aanbestedingsplichtige opdracht*

5.6 Naar het oordeel van het hof heeft appellanten, in het licht van het gemotiveerde verweer van de Gemeente en geïntimeerde 2, onvoldoende concreet gesteld dat de opdracht die de Gemeente aan geïntimeerde 2 heeft gegeven om het centrum van Didam te herontwikkelen aanbestedingsplichtig is.

Het aanbestedingsrechtelijke régime is (pas) aan de orde bij een overheidsopdracht (of bij een concessieopdracht, waarvan hier ook geen sprake is). Een verplicht element voor het bestaan van een overheidsopdracht is dat de desbetreffende overeenkomst onder bezwarende titel is aangegaan. Uit het arrest Helmut Müller van het Europese hof van Justitie (HvJEU 24 maart 2010, ECLI:EU:2010:168, C-451/08) blijkt dat aan het

vereiste van een 'bezwarende titel' is voldaan als er sprake is van ten minste drie cumulatieve vereisten: (i) de prestatie moet in rechte afdwingbaar zijn, (ii) de aanbestedende dienst moet een rechtstreeks economisch belang hebben en (iii) de aanbestedende dienst moet een tegenprestatie verrichten.

In hetgeen partijen naar voren hebben gebracht noch in voornoemde koopovereenkomst en samenwerkingsovereenkomst kan een aanwijzing worden gevonden dat aan geïntimeerde 2 die cumulatieve eisen zijn opgelegd die tot een aanbestedingsplichtige opdracht leiden. Van een in rechte afdwingbare verplichting is geen sprake nu niet aannemelijk is geworden dat aan geïntimeerde 2 daadwerkelijk een bouwplicht is opgelegd. Volgens appellanten bevat artikel 8 van de koopovereenkomst een dergelijke plicht, maar de Gemeente heeft dit voldoende weersproken. Volgens de Gemeente is artikel 8 een standaard bepaling ('Koper zal het verkochte aanwenden voor de realisering van de aangegeven plannen welke passen binnen het ontwikkelingskader van de gemeente.'). Verder zijn in artikel 3 lid 2 van de koopovereenkomst de artikelen 25 en 26 van de Algemene verkoopvoorwaarden van toepassing uitgezonderd, die zien op de realisatieverplichtingen, aldus de Gemeente.

Evenmin wordt aan de voorwaarde voldaan dat het te realiseren werk een rechtstreeks economisch belang voor de Gemeente inhoudt, omdat zij niet de beschikking zal krijgen over de door geïntimeerde 2 te realiseren werken. Geïntimeerde 2 ontwikkelt op gebied dat zij in eigendom verwerft, zonder dat er openbaar gebied aan de Gemeente wordt overgedragen. De Gemeente draagt verder niet financieel bij aan de ontwikkeling van het centrum, omdat geïntimeerde 2 de ontwikkeling van het Masterplangebied voor eigen rekening en risico uitvoert, zo heeft de Gemeente onweersproken aangevoerd.

Zelfs al zou sprake zijn van een overheidsopdracht, dan blijft de waarde ervan blijkens de daarin opgenomen koopsom en exploitatiebijdrage ruim onder de Europese drempel van € 5.548.000. Bij een opdracht onder de drempelwaarde zou nog sprake kunnen zijn van een transparantieverplichting, maar alleen bij een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het criterium 'duidelijk grensoverschrijdend belang' voorkomt dat elke opdracht (hoe gering ook) transparant zou moeten worden gegund. De gedachte achter deze rechtstreekse verplichting is dat zonder gelijke kansen ondernemers uit andere lidstaten naar nationaliteit zouden worden gediscrimineerd, hetgeen in strijd zou zijn met de vrij-verkeerbepalingen uit het VWEU. Het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend be-

lang kan echter niet louter hypothetisch worden afgeleid uit gegevens die daarvoor in abstracto aanwijzingen zouden kunnen opleveren. Het gaat om een concrete beoordeling van de opdracht (zie de arresten Tecnoedi (HvJ EU 6 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:747) en Oftalma Hospital (HvJ EU 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:263). Dit betekent dat het enkele feit dat er een Aldi-supermarkt in het Masterplan voorkomt, dat het project plaatsvindt in een grensstreek (de Gemeente grenst direct aan Duitsland) en dat de Gemeente een hechte band met Duitse gemeenten nastreeft, onvoldoende zijn voor het aannemen van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

#### Staatssteun

5.7 Dat de Gemeente in strijd zou handelen met het staatssteunrecht – volgens appellanten hierin gelegen dat geïntimeerde 2 een voorkeurspositie heeft gekregen op herontwikkeling van de gemeentehuislocatie zonder dat daar een marktconforme vergoeding tegenover staat – is evenmin voldoende aannemelijk gemaakt. De Gemeente en geïntimeerde 2 hebben voldoende toegelicht dat voor de gemeentehuislocatie een marktconforme prijs is betaald, die door middel van een taxatie is onderbouwd, een en ander conform de Mededeling Staatssteun van de Europese Commissie in de zin van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C262/01). Een dergelijke gang van zaken is volgens de Mededeling in beginsel voldoende om staatssteun bij verkoop van gronden te voorkomen, zodat van het onrechtmatig verlenen van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU door de Gemeente voorshands geen sprake is.

Onder bijkomende omstandigheden zou niettemin van staatssteun sprake kunnen zijn, maar dat dergelijke omstandigheden zich hier voordoen heeft appellanten niet voldoende aannemelijk gemaakt. Bovendien: zelfs al zou komen vast te staan dat de Gemeente onrechtmatige staatssteun aan geïntimeerde 2 zou hebben verleend, dan ontstaat daarvoor nog niet de door appellanten gevorderde verplichting van de Gemeente om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven. In een dergelijke situatie dient geïntimeerde 2 immers (slechts) de steun inclusief het tot de terugbetaling genoten rentevoordeel aan de Gemeente terug te betalen.

#### Mededingingsnorm en schaars recht

5.8 Appellanten betoogt verder dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS 2 november 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:2927) geïntroduceerde norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op een reële wijze mededingingsruimte moet worden geboden, naar analogie mede van toepassing is op de uitgifte van schaarse grond. Daarvan is volgens appellanten sprake bij een toplocatie midden in het centrum van Didam waar een supermarkt kan worden gevestigd, zodat het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel vergen dat alle potentiële gegadigden een kans krijgen die schaarse grond te verkrijgen.

Het hof ziet dat anders. Een dergelijke 'mededingingsnorm bij schaarse vergunningen' is (nog) niet van toepassing op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context. Voor zover deze norm wél op grondverkoop door de overheid zou zien, dan geldt deze bovendien enkel bij schaarste. Appellanten heeft in dit kort geding niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het hier gaat om schaarse ruimte die in het centrum van appellant 1 beschikbaar is voor een supermarkt, ook niet met de verklaring van makelaar makelaar van 7 december 2018 (productie 19 van de zijde van appellanten in eerste aanleg) dat er op dit moment geen vergelijkbare locatie te koop wordt aangeboden. Een beroep op het arrest van dit hof van 3 december 2013

(ECLI:NL:GHARL:2013:9210) faalt reeds omdat de gemeente die in die zaak was betrokken een potentiële koper (Bouwmarkt Epe) niet had laten meedingen in weerwil van gedane toezeggingen. Van dergelijke toezeggingen van de Gemeente tegenover appellanten is geen sprake.

*Schending van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (algemene beginselen van behoorlijk bestuur)*

5.10 Volgens appellanten heeft de Gemeente jegens haar in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld nu zij geen gelijke kans ten opzichte van geïntimeerde 2 heeft gekregen. Toen geïntimeerde 2 vóór de vaststelling van het Masterplan het 'principeverzoek' aan de Gemeente voorlegde om de gemeentehuislocatie te herontwikkelen om daarin een Coöp-supermarkt te verwezenlijken, had de Gemeente zichzelf de vraag moeten stellen of andere partijen in deze locatie geïnteresseerd zouden zijn én had zij alle partijen in de gelegenheid moeten stellen deze locatie te verwerven. Voor deze ongelijke behandeling is geen rechtvaardigingsgrond aanwezig omdat appellanten bereid is de gemeentehuislocatie volledig in lijn met het Masterplan te realiseren, wat betreft alle geldende planologische eisen, welstandscriteria en voorschriften voor een goede ruimtelijke ordening. Zij beschikt in het bijzonder met

Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V. over de ervaring om dit soort projecten uit te voeren.

De Gemeente handelt tevens in strijd met het vertrouwensbeginsel omdat zij een vast beleid heeft dat inhoudt dat de uitgifte van gronden of de verkoop van onroerend goed vooraf op haar website wordt gepubliceerd en waarbij alle geïnteresseerden een bod mogen doen.

Door exclusief met geïntimeerde 2 in onderhandeling te treden over de verkoop van de gemeentehuislocatie wijkt de Gemeente zonder goede grond af van haar eigen bestendige praktijk, hetgeen in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus onrechtmatige jegens appellanten, aldus appellanten.

5.11 Vaste rechtspraak is dat (een entiteit zoals) de Gemeente bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten (hier: de verkoop van de gemeentehuislocatie) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen. Dit volgt ook uit artikel 3:14 BW. Voor zover de Gemeente in 2012 jegens appellanten onrechtmatig (namelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel) heeft gehandeld door geïntimeerde 2 exclusief onderdeel te laten uitmaken van het Masterplan, levert dat onder de huidige omstandigheden onvoldoende reden op om het door appellanten gevorderde (voorlopige) verbod tot levering van de gemeentehuislocatie uit te spreken, of om de gemeente te verplichten om appellanten mee te laten dingen naar de verkoop en levering daarvan. Dat de Gemeente de gemeentehuislocatie inmiddels (daags voor het pleidooi in hoger beroep) heeft verkocht geeft daarvoor evenmin voldoende reden. In het kader van de belangenafweging dienen de belangen van de Gemeente bij doorgang van de inmiddels vergaande samenwerking met geïntimeerde 2 mede gezien de ter verwezenlijking van het Masterplan benodigde grondposities die geïntimeerde 2 inmiddels in de loop van de tijd ten aanzien van de locaties van de bibliotheek en het voormalige postkantoor heeft verworven, te prevaleren boven de belangen van appellanten bij blokkering hiervan. Bij de belangenafweging speelt mee dat appellanten reeds in 2016 op de hoogte was van de lopende onderhandelingen tussen de Gemeente en geïntimeerde 2 om het Raadhuisplein e.o. door geïntimeerde 2 te laten ontwikkelen en over de verkoop van de gemeentehuislocatie, en zij pas in juli 2018 (weer) contact met de Gemeente heeft opgenomen waarna zij in december 2018 een kort geding tegen de Gemeente is gestart. Dat zij in 2016 in gesprek is getreden met de Gemeente waarbij de Gemeente haar naar geïntimeerde 2 heeft doorverwezen, doet hier onvoldoende aan af nu appellanten kennelijk geen vervolg aan dit gesprek heeft ge-

geven en/of anderszins heeft geprobeerd zich als serieus te nemen gegadigde bij de Gemeente te positioneren. Ook het feit dat appellanten, zoals zij heeft aangevoerd, in 2016 actie heeft ondernomen door het burgerinitiatief gericht tegen het Masterplan te steunen, legt onvoldoende gewicht in de schaal om de belangenafweging (alsnog) in haar voordeel te doen uitvallen. Hierbij speelt mee dat het burgerinitiatief zich vooral richtte op (bezorgdheid omtrent) de verkeersdrukke in het centrum met de komst van supermarkten, en dat daarmee niet werd gestreefd naar vestiging van een Albert Heijn-supermarkt op de gemeentehuislocatie. Ten slotte acht het hof het van belang dat appellanten weliswaar heeft gesteld dat zij bereid en in staat is de gehele gebiedsontwikkeling voor haar rekening te nemen, maar dat zij dat niet voldoende feitelijk heeft onderbouwd.

5.12 Van strijd met het vertrouwensbeginsel omdat de Gemeente openbare kavels normaal gesproken op haar website aanbiedt, is geen sprake. Het gaat in deze zaak, anders dan in de door appellanten genoemde gevallen, niet om de losse verkoop van een openbare kavel, maar om een totale herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Dit brengt mee dat de Gemeente niet in strijd met een bestendige praktijk heeft gehandeld door na te laten om de gemeentehuislocatie op haar website te koop aan te bieden.

5.13 Appellanten heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat ook geïntimeerde 2 (naast de Gemeente) jegens haar onrechtmatig handelt. Om deze onrechtmatige daad te voorkomen, heeft appellanten voorwaarden (voor zover de gemeentehuislocatie aan geïntimeerde 2 is verkocht of geleverd) gevorderd dat de Gemeente en geïntimeerde 2 hoofdelijk worden veroordeeld de koop en de levering van de gemeentehuislocatie ongedaan te maken.

Zoals uit al het voorgaande volgt, ziet het hof in dit kort geding onvoldoende reden om deze vordering toe te wijzen, indien dit al mogelijk zou zijn. Dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld is, zoals hierboven uiteengezet, voorhands niet voldoende aannemelijk geworden, en dat geldt evenzeer voor de stelling dat geïntimeerde 2 onrechtmatig heeft gehandeld en dreigt te gaan handelen door eigenaar te worden van de gemeentehuislocatie of anderszins. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven of de vordering van appellanten jegens geïntimeerde 2 heeft te gelden als een eis in reconventie, die gelet op artikel 353 lid 1 Rv niet voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld en reeds daarom niet toegewezen zou kunnen worden.

### *De slotsom*

De slotsom luidt dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor zover appellanten niet-ontvankelijk is verklaard in haar vorderingen, dat die vorderingen alsnog als ongegrond zullen worden afgewezen en dat het vonnis voor het overige zal worden bekrachtigd. Het hof zal appellanten als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in het hoger beroep aan de zijde van de Gemeente worden vastgesteld op € 741 voor griffierecht en op € 3.222 (3 punten x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief. Als gevorderd en niet afzonderlijk weersproken zal het hof appellanten ook in de wettelijke rente over de begrote proceskosten en de nakosten jegens de Gemeente veroordelen. De kosten voor de procedure in het hoger beroep aan de zijde van geïntimeerde 2 worden vastgesteld op € 741 voor griffierecht en op € 3.222 (3 punten x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief.

## **6 De beslissing**

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:

- vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Gelderland, locatie Zutphen van 8 januari 2019 (hersteld bij vonnis van 7 maart 2019), voor zover appellanten niet-ontvankelijk in haar vorderingen is verklaard en in zoverre opnieuw rechtdoende;
- wijst de vorderingen van appellanten zowel tegen de Gemeente als tegen geïntimeerde 2 af; ten aanzien van de Gemeente:
- veroordeelt appellanten in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Gemeente vastgesteld op € 741 voor griffierecht en op € 3.222 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en
- voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt — te vermeederen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;
- veroordeelt appellanten in de nakosten, begroot op € 157, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82 in geval appellanten niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;
- ten aanzien van geïntimeerde 2:
- veroordeelt appellanten in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van geïntimeerde 2 vastgesteld op € 741 voor griffierecht en op € 3.222 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;



ten aanzien van de Gemeente en van geïntimeerde 2:

— verklaart dit arrest zover het de hierin vermelde proceskostenveroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad.

### Noot

1. *Ook bij overheidsverkoop?* Dit arrest heeft betrekking op een vraag die de literatuur en de lagere rechtspraak al een tijdje bezighoudt: in hoeverre is het, recent in de bestuursrechtspraak tot ontwikkeling gekomen, beginsel van gelijke kansen — met de daarop gebaseerde verplichting om mededingingsruimte te bieden — ook van toepassing op de overheid wanneer zij grond of andere goederen verkoopt dan wel op een andere wijze uitgeeft? Het hof overweegt in dit arrest dat deze rechtsnorm “(nog) niet” van toepassing is op gronduitgifte. De geciteerde woorden roepen uiteraard de vraag op in welk geval de rechtspraak wel zo ver zal zijn om deze stap te zetten: zal de Hoge Raad de eerste zijn of wordt het de lagere rechter in een andere casus?

Strikt genomen heeft dit arrest uitsluitend betrekking op de levering van de locatie, omdat in casu de verkoop van de locatie al heeft plaatsgevonden. Maar duidelijk is dat als de rechter de op het beginsel van gelijke kansen gebaseerde rechtsnorm dat mededingingsruimte moet worden geboden van toepassing zou achten op de levering, dat zijn schaduw vooruit zou werpen op de verkoop van de locatie.

2. *De verplichting om mededingingsruimte te bieden grijpt om zich heen.* In de standaarduitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak overwogen “dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen”.

Uit de vervoljurisprudentie blijkt dat deze rechtsnorm niet alleen geldt voor de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen, maar ook voor de verdeling van een groot aantal andere schaarse rechten. Al vrij snel na de genoemde standaarduitspraak overwoog de Afdeling dat deze rechtsnorm ook van toepassing is op de *bekostiging van onderwijs* op grond van de Wet op het voortgezet onderwijs, omdat deze wet voorziet in een stelsel van geregleerde concurrentie tussen schoolbesturen (ABRvS 18 januari

2017, ECLI:NL:RVS:2017:86, AB 2017/253, m.nt. S. Philipsen). Onder uitdrukkelijke verwijzing naar de uitspraak over bekostiging heeft de Afdeling vervolgens overwogen dat deze rechtsnorm ook van toepassing is op de verdeling van schaarse *subsidiemiddelen* (ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2108:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink en A. Drahmann (*Geobox*)).

Dat de reikwijdte daarmee nog niet volledig is afgebakend wordt ook in de literatuur gesignaleerd. Men zie over de mogelijke consequenties van deze benadering in onderwijsland: R. van Schoonhoven, ‘De bekostiging van scholen. De verdeling van een schaars publiek recht’, *NJB* 2019/1855, p. 2188 e.v. En behalve voor echte schaarse vergunningen en ontheffingen rijst de — terecht — vraag of en in hoeverre aan schaarse gedoogverklaringen voor coffeeshops moet worden gedacht, waarover A. Drahmann, ‘Het verdelen van schaarse publieke rechten verder gecomplceerd: wat is de juridische status van een schaarse gedoogverklaring?’, *NJB* 2019/1856, p. 2196 e.v.

3. *Ook voor privaatrechtelijk overheidshandelen.* De reikwijdte van de rechtsnorm dat bij schaarste door de overheid aan (potentiële) gegadigden de ruimte moet worden geboden om mee te dingen, blijft uiteraard niet beperkt tot het publiekrechtelijke overheidsoptreden. Sterker nog, deze norm is van oudsher ontwikkeld in het aanbestedingsrecht. Voor grote delen van de overheidsinkoop geldt deze norm dan ook eveneens, zij het niet ongeclausuleerd. Deze norm is uitsluitend van toepassing wanneer aan een aanzienlijk aantal vereisten is voldaan dat met name is te vinden in de Aanbestedingswet 2012. In het onderhavige geval is geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht, zo overweegt het hof (r.o. 5.6). In het bijzonder voor overheidsopdrachten onder de drempelwaarde (behoudens bij een duidelijk grensoverschrijdend belang: vgl. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720, AB 2019/209, m.nt. F.J. van Ommeren (*JCDecaux/SEM* c.s.)) en bepaalde soorten opdrachten die expliciet zijn uitgezonderd, geldt geen verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Men zie o.a. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 12.4.3, p. 602 e.v.

Bij het privaatrechtelijk overheidshandelen moet behalve aan overheidsinkoop in het bijzonder ook aan overheidsverkoop worden gedacht. In de jurisprudentie is echter de vraag of deze rechtsnorm ook geldt voor overheidsverkoop nog niet uitdrukkelijk beantwoord. Hierbij valt niet alleen te denken aan de verkoop van grond — waarop het onderhavige arrest betrekking heeft — en andere onroerende en roerende zaken, maar ook aan het afstoten van overheidsaan-

delen (kortweg: *privatisering*). Voor dit laatste is op dit moment na de “gecontroleerde veiling” de voorgenomen verkoop van Eneco door 44 gemeenten aan een Aziatisch consortium uiterst actueel (zie *Kamerstukken II* 2019/20, 29 023, nr. 256).

4. *Overheidsverkoop: pleidooien in de literatuur.* Ook in de literatuur is er van begin af aan op gewezen dat het niet voor de hand ligt dat de toepassing van de rechtsnorm dat bij schaarste door het bestuur mededingingsruimte moet worden geboden, beperkt zou zijn tot het bestuursrechtelijke overheidsoptreden. Immers de rechtsgrondslag van deze norm is te vinden in het gelijkheidsbeginsel dat, zoals de Afdeling het uitdrukt, in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Ingevolge art. 3:14 BW gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook voor het privaatrechtelijke overheidsoptreden (vgl. ook HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, *AB Klassiek* 2016/11, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*)). Er is dus geen reden om aan te nemen dat deze rechtsnorm in beginsel niet eveneens zal gelden bij privaatrechtelijk overheids-optreden.

In zijn inaugurele rede heeft Van Ommeren dan ook betoogd dat ook overheidsverkoop, waaronder de uitgifte van bouw kavels, in principe onder de werking van deze rechtsnorm dient te vallen (F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie Amsterdam VU, Deventer: Kluwer 2004, p. 61–63). In zijn proefschrift komt Heijnsbroek eveneens tot de conclusie dat de overheid bij nationale gronduitgifte in beginsel verplicht is om alle gegadigden de mogelijkheid te bieden om mee te dingen naar de uit te geven grond (P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2013, p. 384 e.v.). Dit betoog is uitdrukkelijk gevolgd door J.R. Vermeulen & C.N. van der Sluis, ‘Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom’, *TO* 2018, p. 122–126. Uiteraard hebben wij er ook in ons handboek op gewezen dat het beginsel van gelijke kansen met de daarop gebaseerde rechtsnorm dat bij schaarste in beginsel mededingingsruimte moet worden geboden ook geldt voor het privaatrechtelijk overheidshandelen (Huisman & Van Ommeren, a.w., par. 10.10.4, p. 501–505).

Voor de toepassing van deze rechtsnorm is uiteraard wel vereist dat er sprake is van schaarste. Terecht merkt het hof dat ook op in het onderhavige arrest (r.o. 5.8). Wanneer er geen schaarste is komen we aan de toepassing van deze rechtsnorm niet toe. Indien door de feitelijke omstan-

digheden het in een bepaald geval bij voorbaat uitgesloten is dat er meer dan één potentiële gegadigde is die aan de eisen kan voldoen om voor het schaarse recht in aanmerking te komen, dient eveneens een uitzondering te worden gemaakt; het bieden van mededingingsruimte heeft dan immers geen zin, men zie: F.J. van Ommeren, ‘Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het bieden van mededingingsruimte?’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: BJu 2011, p. 258 en C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2013, p. 345–346, hetgeen reeds te baseren valt op CbB 3 juni 2009,

ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel, *AB Klassiek* 2016/36, m.nt. F.J. van Ommeren (*Hommerson*).

5. *Lagere rechtspraak.* In de lagere civiele rechtspraak is de verplichting om mededingingsruimte te bieden tot nu toe niet toegepast op overheidsverkoop (behoudens ingeval de verkoop onderdeel uitmaakt van een aanbestedingsplichtige opdracht). Dit neemt niet weg dat schaarste bij een dergelijke overheidsverkoop en de vraag welke bijzondere eisen in een concurrentie situatie aan de overheid kunnen worden gesteld, eerder aan de orde zijn geweest bij de burgerlijke rechter. De jurisprudentie hierover draagt nog een ietwat gefragmenteerd karakter.

In het bijzonder valt te wijzen op het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9210 waarnaar in het onderhavige arrest in r.o. 5.8 wordt verwezen. Dat arrest ziet op schaarste ruimte die beschikbaar is voor bouwmarkten in de gemeente Epe. Deze schaarste kan, aldus het hof, “de invulling van de door de Gemeente bij de uitgifte van gronden te betrachten zorgvuldigheid mede bepalen”. In dat geval had de gemeente nog geen gronden om uit te geven, maar – volgens het hof – al wel toezeggingen gedaan aan Bouwmarkt Epe over gelijke behandeling in geval van gemeentelijke uitgifte van gronden; in het uitgiftebeleid zouden geen bepalingen komen waardoor ondernemers in dezelfde branche ten opzichte van elkaar benadeeld zouden kunnen worden. Toen de gemeente gronden had verworven en wilde verkopen voor de vestiging van bouwmarkten, heeft zij Bouwmarkt Epe niet over de mogelijkheid van koop geïnformeerd en haar daarnaar niet laten meedingen. In weerwil van de gedane toezeggingen werd Bouwmarkt Epe voor een voldongen feit gesteld. Het hof overweegt in dat geval vervolgens:

“Mede gelet op de schaarste van relevante grondposities heeft de Gemeente Bouwmarkt Epe op deze wijze ten onrechte daadwerkelijk

buitenspel geplaatst. Zij heeft daardoor het gelijkheidsbeginsel geschonden althans onzorgvuldig jegens Bouwmarkt Epe gehandeld.”

In het onderhavige geval gaat een beroep op dat arrest niet op, omdat in casu geen sprake is van toezeggingen.

Dat een gemeente bij overheidsverkoop op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel reenschap moet geven van de belangen van concurrenten bij een gelijk speelveld en die belangen op zorgvuldige wijze dient te betrekken bij de belangenafweging wordt in de literatuur mede afgeleid uit de uitspraak De Stolp (Rb. Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812). Zie met name J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 391 e.v. en Huisman & Van Ommeren, a.w., par. 10.10.4, p. 503.

Verder valt te wijzen op het arrest in kort geding van het Hof 's-Hertogenbosch van 7 februari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2547 waarin het hof overweegt dat als enige vorm van selectie onontkoombaar is bij gronduitgifte, de gebondenheid van de gemeente aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met zich brengt “dat de gemeente bij die selectie zakelijke criteria hanteert: dus geen willekeur bij de keuze van diegenen met wie de gemeente uiteindelijk een koopovereenkomst zal sluiten”. Het hof overweegt verder in dat arrest dat het “de gemeente, als eigenares van de grond, in een geval als het onderhavige vrij[staat] haar contractspartners te kiezen, zolang zij daarvoor objectieve selectiecriteria hanteert”. In een vergelijkbare uitspraak overweegt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad (ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7320):

“Dat de Gemeente ten tijde van de daadwerkelijke kaveluitgifte geen willekeur mag toepassen bij de keuze van de kopers is evident, maar de voorzieningenrechter is (...) van oordeel dat het te voorbarig is om op voorhand in kort geding een verbod te vorderen om de betreffende grond uit te geven zonder dat daarvoor aan de gegadigden van de grond transparante en objectieve criteria ter hand zijn gesteld waaraan zij dienen te voldoen om in aanmerking te komen voor deze grond. Hierbij neemt de voorzieningenrechter mede in overweging de ter zitting uitdrukkelijk gedane toezegging van de Gemeente dat zij, zodra uitgifte aan de orde is, uitgiftebeleid zal vaststellen en voeren dat objectief en transparant is.”

Al met al blijkt dat in dit soort situaties met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijk-

heidsbeginsel en het verbod van willekeur tot enige verhoogde eisen voor de overheid kunnen leiden bij gronduitgifte, maar dat de rechtspraak nog niet zover gaat dat er de rechtsnorm op wordt gebaseerd die verplicht tot het bieden van mededingingsruimte.

6. *Gronduitgifte gemeentehuislocatie.* Het onderhavige geval heeft betrekking op de gronduitgifte van een perceel in het dorpscentrum van Didam, waarop het oude gemeentehuis staat (de zogenoemde ‘gemeentehuislocatie’). De gemeente is eigenaar van dit perceel. Om het dorpscentrum aantrekkelijk te houden heeft de gemeenteraad een ‘Masterplan’ vastgesteld, waarin tot uitdrukking komt dat men supermarkten zoveel mogelijk wil concentreren in het centrum; het voormalig gemeentehuis is als potentiële supermarktllocatie genoemd. Uit de lokale media blijkt dat de gemeente in overleg is met een partij over de vestiging van een Coöp-supermarkt op de gemeentehuislocatie. Appellanten zijn echter ook geïnteresseerd in deze locatie, in verband met de door hen gewenste verplaatsing van hun Albert Heijn-supermarkt. In 2018 berichten zij de gemeente dat zij vernemen hebben dat de gemeente in onderhands overleg is over de herontwikkeling met een andere partij en sommen zij de gemeente een openbare biedprocedure te starten. De gemeente geeft hieraan geen gehoor en op 3 oktober 2019 komt de koopovereenkomst tussen de gemeente en de andere partij tot stand. De levering van de gemeentehuislocatie heeft nog niet plaatsgevonden.

In dit kort geding in hoger beroep voeren appellanten onder meer — tevergeefs — aan dat de gemeente in strijd handelt met het staatssteunrecht, het aanbestedingsrecht en de mededingingsnorm bij schaarse rechten. Vooral dit laatste is dus zeer interessant, nu de burgerlijke rechter in reactie daarop in dit geval voor het eerst ingaat op de toepasselijkheid van deze norm bij overheidsverkoop.

7. *Mededingingsnorm (nog) niet van toepassing.* Appellanten betogen in casu dat de mededingingsnorm die de Afdeling bestuursrechtspraak in de uitspraak Speelautomatenhal Vlaarding in het bestuursrecht introduceert bij de verdeling van schaarse vergunningen, ook — naar analogie — van toepassing is op de uitgifte van schaarse overheidsgrond. Alle potentiële gegadigden zouden in dit geval de kans moeten krijgen de grond voor een toplocatie voor een supermarkt midden in het centrum van Didam te verwerven. Het hof gaat niet zo ver en acht, als gezegd, de rechtsnorm dat bij schaarse mededingingsruimte moet worden geboden “(nog) niet” van toepassing op gronduitgifte buiten de aanbestedingsrechtelijke context (r.o. 5.8). Voor

zover deze norm daar wel op zou zien, geldt deze bovendien enkel bij schaarste, aldus terecht het hof.

In dit geval hebben appellanten, zo overweegt het hof, niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het hier gaat om *schaarse* ruimte die in het centrum beschikbaar is voor een supermarkt. De vraag is echter wel, nu een concurrent zijn oog op de locatie heeft laten vallen, waarom deze (sub)jectieve belangstelling niet reeds voldoende is om van een schaarse supermarktllocatie te spreken. Er zijn immers meerdere gegadigden voor deze locatie. De overweging van het hof doet dan ook de vraag rijzen hoe objectief de schaarste moet worden vastgesteld. Er zijn nu eenmaal meerdere manieren denkbaar waarop een maximum of plafond dat de schaarste veroorzaakt, kan worden bepaald.

8. *Consequenties toepasselikheden mededingingsnorm.* Wanneer het beginsel van gelijke kansen wel op gronduitgifte door de gemeente van toepassing zou zijn, zou dat tot gevolg hebben dat daarop de rechtsnorm kan worden gebaseerd dat mededingingsruimte moet worden geboden. Dat zal in ieder geval met zich brengen dat de gemeente tijdig bekend worden gemaakt van openbaarheid (transparantie) zal moeten verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van het perceel. Voorts ligt het in de rede dat de gemeente aangeeft aan de hand van wat voor soort verdelingsprocedure de grond zal worden uitgegeven, dat het tijdvak waarin potentiële gegadigden hun belangstelling kenbaar kunnen maken wordt bekendgemaakt en dat de toe te passen (non-discriminatoire) selectie- en gunningscriteria tijdig bekend worden gemaakt. Daarmee is nog niet gezegd dat per se een specifieke type verdeelprocedure, zoals een openbare biedprocedure waarop appellanten in deze zaak lijken aan te koersen, door de gemeente zou moeten worden gekozen.

Hoe het ook zij, blijkens dit arrest is het (nog) een brug te ver om de rechtsnorm die verplicht tot het bieden van mededingingsruimte van toepassing te achten op overheidsverkoop. Het is dus nog afwachten wanneer de burgerlijke rechter wel zo ver zal zijn, want het lijkt welhaast onvermijdelijk dat het eens zover zal komen.  
P.J. Huisman & F.J. van Ommeren

## AB 2020/117

### CENTRAAL TUCHTCOLLEGE VOOR DE GEZONDHEIDSZORG

23 januari 2020, nr. C2019.063

(C.H.M. van Altena, W.P.C.M. Bruinsma, L.F. Gerretsen-Visser, J.H.M. de Brouwer, J.A.W. Dekker)

m.nt. A.C. Hendriks

Art. 47, 66 Wet BIG; AVG

ECLI:NL:TGZCTG:2020:21

**Eigendomsvoorbehoud betekent niet dat opvolgend medisch adviseur geen kennis mag nemen van medische gegevens. Klacht over niet terugsturen van medisch dossier gegrond, maar geen maatregel.**

*Verweerders voorganger heeft klaggsters medische gegevens beoordeeld en op grond daarvan een advies uitgebracht. Nadat hij vertrok bij F. heeft hij de bij hem in behandeling zijnde dossiers, waaronder dat van klaggster, overgedragen aan verweerder. Daarmee heeft verweerders voorganger de stukken niet 'gekopieerd of doorgezonden' aan verweerder, zoals in het eigendomsvoorbehoud is omschreven, maar heeft verweerders voorganger slechts de behandeling van het dossier overgedragen. Van handelen in strijd met het eigendomsvoorbehoud is daardoor door verweerders voorganger, maar ook door verweerder, dan ook geen sprake.*

*Dat klaggster met het eigendomsvoorbehoud heeft bedoeld dat verweerders voorganger 'als enige persoon' de medische stukken mocht inzien, heeft verweerders voorganger maar ook verweerder zelf, naar het oordeel van het college niet hoeven te begrijpen. Het college is van oordeel dat de medisch adviseurs het gestelde eigendomsvoorbehoud zo hebben mogen begrijpen dat het inhield dat de stukken enkel mochten worden ingezien door de behandelend medisch adviseur van F. Dat is derhalve niet verweerders voorganger als individu-eel persoon, maar de medisch adviseur die bij F met de behandeling van het dossier was belast.*

*Nog daargelaten het feit dat de door klaggster bedoelde lezing van het eigendomsvoorbehoud zeer ongebruikelijk is, zou deze lezing tot grote praktische bezwaren leiden. Een voorbehoud met die inhoud zou immers betekenen dat iedere medisch adviseur alleen 'als individueel persoon' gemachtigd is medische stukken in te zien en hij, niet alleen bij iedere wijziging van functie maar ook bij iedere afwezigheid wegens ziekte, etcetera, toestemming zou moeten vragen, voor het mogen inzien van de stukken door een opvolgend of een waarnemend medisch adviseur. Met verweerder is het college van*